

LA COOPERACIÓN ENTRE JUECES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA¹

POR
JAVIER GUILLÉN CARAMÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
PASEO DE LOS ARTILLEROS S/N
28032 MADRID
JAVIER.GUILLEN@URJC.ES

RESUMEN

La aplicación del Derecho de la Competencia corresponde tanto a las autoridades de naturaleza administrativa encargadas de su aplicación como a los jueces, especialmente a los mercantiles, en lo que se refiere a la denominada aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia.

Ante el problema de que se produzcan distorsiones y pronunciamientos contradictorios entre las decisiones administrativas y las sentencias judiciales, así como de que se dupliquen innecesariamente esfuerzos y recursos en la aplicación e interpretación de las normas de competencia, parece del todo necesario articular mecanismos de coordinación que tengan como finalidad el garantizar el funcionamiento de un sistema que prevé el carácter complementario que cumple la aplicación privada del Derecho de la Competencia con la aplicación pública desarrollada por las autoridades administrativas de competencia

La articulación de este tipo de instrumentos se revelan especialmente importantes en los casos en que puedan surgir discrepancias o conflictos entre las autoridades administrativas y los jueces, que giran en torno a diversas cuestiones como la delimitación de lo que constituye la infracción de la norma de competencia, o el uso de determinada información como elemento probatorio.

La presente ponencia se dedica a estudiar los problemas que pueden surgir en la aplicación del Derecho de la Competencia por parte de dos autoridades –administrativa y judicial– especialmente en los procedimientos judiciales dedicados a la aplicación privada de las normas de competencia. De igual modo, se examinarán los distintos instrumentos de coordinación y cooperación que pueden darse de cara a conseguir una aplicación uniforme del Derecho de la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ha introducido importantes reformas en relación con la tutela judicial de la competencia. En concreto, se

¹ Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto de Investigación «La potestad sancionadora de los organismos reguladores», (DER2011-22549), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y que se desarrolla en la Universidad Rey Juan Carlos.

ha pasado de un sistema de monopolio de las autoridades administrativas en la aplicación directa y preferente de las normas *antritrust*, tanto española como europeas, a un sistema de coexistencia simultánea de aplicación de la legislación de competencia en vía administrativa y en vía judicial por los jueces de lo mercantil².

Este novedoso sistema no se encuentra exento de problemas de articulación y coordinación entre las autoridades administrativas y judiciales de aplicación del Derecho de la Competencia que han tratado de amortiguarse a través de la introducción de mecanismos procesales como es la figura del *amicus curiae* encarnado por una autoridad administrativa de competencia, de tal modo que, como examinaremos a lo largo de este trabajo, se va a configurar un sistema de cooperación entre las autoridades administrativas –Comisión Europea, Comisión Nacional de Competencia (CNC) y autoridades autonómicas de competencia- y los órganos judiciales del orden civil, con la finalidad de lograr una aplicación coherente del Derecho de la Competencia.³

El art. 16 de la LDC prevé de forma expresa la cooperación que puede y, en determinadas ocasiones, debería surgir entre las autoridades administrativas de aplicación de las normas de competencia, concretamente la Comisión Nacional de Competencia (CNC) y las autoridades de competencia autonómicas, con los órganos jurisdiccionales que apliquen directamente los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como los arts. 1 y 2 de la LDC. En concreto, dice así el citado art. 16:

«1. La Comisión Nacional de Competencia por propia iniciativa podrá aportar o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o relativas a los artículos 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, por propia iniciativa podrán aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 1 y 2 de esta Ley, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia se comunicarán a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Comisión Nacional de la Competencia habilitará los mecanismos de información necesarios para comunicar de estas sentencias a los órganos autonómicos.

² La atribución a los jueces de lo mercantil para la aplicación de los arts 101 y 102 del TFUE se encuentra en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que creó los órganos de lo mercantil, dentro del orden jurisdiccional civil.

³ Claro defensor de esta posibilidad es el antiguo Comisario de Competencia M. MONTI, quien partiendo del sistema legal norteamericano de defensa de la competencia, y de su elevada capacidad para el conocimiento y resolución de asuntos, mantuvo la necesidad de compatibilizar la competencia administrativa y jurisdiccional sobre la base de diferenciar entre los asuntos con relevancia para el interés público y los asuntos en que se diriman intereses meramente privados. De hecho, añadía a este argumento otro difícilmente cuestionable: es lo cierto que las autoridades judiciales disponen de potestades que no se encuentran al alcance de los órganos administrativos, por lo que, en ciertos casos, su actuación puede ser más efectiva; *vid.*, «Towards the application of article 81 (3) by National Courts», en *Anuario de Defensa de la Competencia 2000*, ICO-Marcial Pons, 2001, pág. 514.

4. *La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a la Comisión Europea una copia del texto de las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea».*⁴

Igualmente y, para completar el marco jurídico de la aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ha sido reformada en virtud de la Disposición Adicional Segunda LDC, añadiéndole un nuevo art. 15 bis que lleva como enunciado «*Intervención en procesos de defensa de la competencia*» que dispone lo siguiente:

«1. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 28 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.

La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.

2. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas aportarán la información o presentarán las observaciones previstas en el número anterior diez días antes de la celebración del acto del juicio a que se refiere el artículo 433 de esta Ley o dentro del plazo de oposición o impugnación del recurso interpuesto».

De este modo queda plasmada en la LDC una nueva realidad en la que diversos operadores jurídicos se encuentran habilitados para la aplicación de las normas de competencia y, en la que habrá que esperar un periodo de tiempo para poder comprobar si el Derecho de la Competencia está capacitado para pasar de una situación de monopolio administrativo en su aplicación a una situación de aplicación concurrente con los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar esta normativa. A lo largo de este artículo expondré las líneas generales en que la legislación de competencia configura la participación de las autoridades administrativas en el procedimiento judicial civil sustanciado ante los jueces de lo mercantil.

II. EL PRECEDENTE DE LA APLICACIÓN JUDICIAL PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL REGLAMENTO CE 1/2003.

La denominada aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia trae causa directa del Reglamento CE 1/2003 de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, tal y como señala la exposición de motivos de la LDC al disponer que se introducen modificaciones en determinadas normas jurisdiccionales y procesales con el fin de poder

⁴ Las referencias que la LDC realiza a los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea deben entenderse efectuadas en la actualidad a los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sobre el art. 16 LDC, *vid.*, A. ARRIBAS, «Artículo 16», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2010, págs 530 y ss.

articular adecuadamente la aplicación privada de las normas de competencia por parte de los órganos de lo mercantil lo que constituye una de las principales aportaciones de esta norma. De este modo, la LDC configura un doble sistema de aplicación de las normas de competencia: por un lado, un sistema público, el tradicionalmente ejercido por las autoridades administrativas, y, por otro, un sistema privado cuya competencia reside en los jueces de lo mercantil.

Como pone de manifiesto I. COLOMER, esta dicotomía se plasma con toda su crudeza en el Derecho Comunitario de la Competencia cuando el Reglamento 1/2003 establece en su considerando séptimo que «*los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho Comunitario al pronunciarse sobre litigios entre particulares, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado*».⁵

De este modo se consagró en la legislación comunitaria el establecimiento de un sistema de competencias concurrentes en el que cabe la aplicación paralela de los arts. 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y los órganos jurisdiccionales. De hecho el propio art. 6 del Reglamento 1/2003 establece de forma expresa la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar de forma directa el Tratado.⁶

Desde un primer momento el legislador comunitario tuvo muy presente la necesidad de establecer los adecuados mecanismos de coordinación con la finalidad de

⁵ Como señala el citado autor, en el fondo, la distinción entre aplicación pública y privada se basa en una discriminación de intereses que no siempre se pueden diferenciar en la realidad. De este modo, generalmente se afirma que la aplicación administrativa del Derecho de la Competencia tiene por finalidad la protección de los intereses públicos, concretamente, el buen funcionamiento del orden público económico, mientras que, la aplicación privada persigue la satisfacción de los derechos subjetivos de los ciudadanos que puedan derivarse del Derecho de la Competencia. No obstante, para dicho autor el interrogante que surge es el siguiente: «conforme a los parámetros que se manejan para hacer esa distinción ¿cómo se debería calificar la aplicación de la normativa realizada por un órganos judicial cuando un particular le solicite en el ejercicio de un derecho subjetivo la declaración de nulidad de un acuerdo colusorio de la competencia?». En este supuesto, existe un claro interés público, la declaración de nulidad va a ser realizada con efecto *erga omnes*, y un evidente interés privado, dado que la legitimación para solicitar la pretensión declarativa de la nulidad ha de derivar necesariamente de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Por esta razón, los contornos de la distinción «se difuminan hasta perder en la actualidad el más mínimo interés, debiendo situarse los criterios de distinción entre la tutela administrativa y jurisdiccional más acorde con el cambio operado en el sistema de defensa de la competencia al pasar de un monopolio de las autoridades administrativas a un régimen descentralizado con múltiples aplicadores de las normas de competencia». En base a ello, este autor propone sustituir en el ámbito del Derecho de la Competencia, la distinción entre aplicación pública y privada por una adecuada diferenciación de los planos institucionales que integran este Derecho, siendo así necesario distinguir por un lado, la tutela administrativa encaminada a la protección general de la competencia en el mercado mediante la represión y sanción de las conductas restrictivas de la competencia, y de otro lado, la tutela judicial civil de la competencia que puede presentar un objeto variado, que va desde la declaración de nulidad con efectos generales de las conductas contrarias a la competencia hasta la protección de concretos derechos subjetivos relacionados o conectados con situaciones o conductas restrictivas de la competencia. *Vid.*, «La tutela judicial...», *op. cit.*, pág. 495. Igualmente, *vid.*, J. E. SORIANO, *La defensa de la competencia en España*, Iustel, Madrid 2007.

⁶ Sobre estos aspectos, *vid.*, R. WISH, *Competition Law*, Oxford, 2008, págs. 296 y ss.; y VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law, 2005, págs. 1167 y ss.

evitar el pronunciamiento de resoluciones contradictorias. En este sentido, resultaba claro que en un sistema de competencias paralelas debía poder evitarse situaciones contradictorias para así poder garantizar los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las reglas de competencia comunitarias. En base a estos motivos, resultaba necesario aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los Tribunales y por las autoridades administrativas de competencia de los Estados miembros de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria.

Esta preocupación ya fue plasmada en la sentencia del TJUE *Masterfoods*, de 14 de diciembre de 2000, en la que se señalaban una serie de mecanismos tendentes a garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario de la Competencia, sometiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales a las decisiones que fueran aprobadas por la Comisión. Con ello se pretendía asegurar el respeto al principio de seguridad jurídica y la coherente aplicación de las normas de competencia, finado como criterio que las decisiones de la Comisión tuvieran un carácter obligatorio para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben asumir en la resolución del conflicto judicial privado sometido a su conocimiento las mismas⁷. Todo ello, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de ante dudas de interpretación o aplicación del Derecho comunitario de Competencia, de poder elevar la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE.

El art. 16 del Reglamento 1/2003 recogió estos principios señalando en su apartado primero que «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado».

Por lo tanto, en aras de los principios de seguridad jurídica y aplicación coherente y uniforme de las normas comunitarias de competencia, quedó reflejado en el Reglamento 1/2003 la prevalencia de las Decisiones de la Comisión frente a la de los órganos jurisdiccionales nacionales, resaltándose de esta forma la primacía de la Comisión en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario de la Competencia, todo ello, no obstante, sujeto a posible revisión jurisdiccional por parte del Tribunal General y del TJUE, según los casos.

⁷ Esta realidad ha sido un tanto criticada por parte de la doctrina, señalando de forma un tanto irónica que «ni la seguridad jurídica ni la aplicación uniforme del Derecho de la competencia tienen importancia cuando primero se pronuncia el órgano judicial resolviendo un conflicto entre particulares y con posterioridad la Comisión tiene que pronunciarse sobre un acuerdo, práctica o decisión, respecto del que ha habido un previo pronunciamiento judicial (...), debiendo recordarse la jurisprudencia sentada en la sentencia *Masterfoods*, según la cual la Comisión no queda vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional en aplicación de los artículos 81, apartado 1, y 82 del Tratado, de modo que puede adoptar una decisión individual para la aplicación de los citados preceptos de sentido contrario a aquella resolución judicial», *vid.*, A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, «La aplicación paralela por los jueces y las autoridades administrativas: posibles contradicciones y formas de evitarlas», en *El Derecho de la Competencia y los jueces*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid 2007, pág. 26.

Sin embargo, una vez fijado este principio básico de primacía del Derecho Comunitario y, conscientes de las dificultades que pueden surgir en la aplicación concurrente o posterior de las normas comunitarias de competencia por la Comisión y por los órganos jurisdiccionales nacionales, la propia Comisión aprobó una Comunicación relativa a la cooperación entre dicha institución y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación coherente de los arts. 101 y 102 del TFUE⁸. En este sentido, se enuncian algunas obligaciones que tienen que respetar los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación concurrente con la Comisión de las normas de competencia comunitarias.

En primer lugar, se señala en el considerando duodécimo de la citada comunicación, que cuando el órgano jurisdiccional adopte una resolución judicial antes que la Comisión, debe evitar que la misma no guarde coherencia con la decisión que pueda adoptar la Comisión. De este modo, los jueces nacionales pueden preguntar a la Comisión si ha iniciado algún procedimiento relacionado con los mismos asuntos de los que están conociendo y, de ser así, en qué estado se encuentra el procedimiento administrativo y si resulta probable que se adopte una decisión en dicho asunto. Los jueces nacionales pueden también, en aras de la seguridad jurídica, considerar la posibilidad de suspender el juicio hasta que la Comisión haya dictado su decisión. La Comisión a su vez, debe desarrollar un esfuerzo por dar prioridad a los asuntos respecto de los cuales haya decidido incoar un procedimiento sancionador y que constituyan el objeto de un procedimiento judicial nacional suspendido por tal causa, especialmente cuando la resolución de un litigio civil dependa de dicho procedimiento. No obstante, cuando los jueces nacionales no tengan dudas razonables sobre la decisión que puede adoptar la Comisión o cuando ésta haya adoptado ya una decisión en un asunto análogo, los jueces nacionales pueden resolver el asunto pendiente de acuerdo con la decisión que hubiera adoptado la Comisión sin necesidad de solicitar a ésta la información antes citada o de esperar a la decisión de la Comisión.

En segundo lugar, en el supuesto de que la Comisión adopte una decisión en un caso concreto antes que los jueces nacionales, éstos últimos no pueden dictar una sentencia contraria a la decisión adoptada. Resulta claro, que el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión no afecta a la interpretación del Derecho Comunitario que pueda llevar a cabo el TJUE. Por ello, si los jueces nacionales cuestionan la legalidad de la decisión de la Comisión, no pueden evitar los efectos obligatorios de la misma sin una sentencia del TJUE⁹. Por lo tanto, si los jueces nacionales quieren adoptar una sentencia contraria a la decisión de la Comisión, deberán presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE. Sin embargo, si se impugna la decisión de la Comisión ante los tribunales comunitarios y el resultado del litigio ante los jueces nacionales depende de la validez de dicha decisión, éstos deberán suspender su procedimiento hasta que los tribunales comunitarios dicten una sentencia definitiva en el recurso de anulación, a no ser que consideren que, en las circunstancias que hagan al caso, está justificado plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión de la Comisión.

Finalmente, cuando los jueces nacionales suspendan el proceso judicial que estén sustanciando, deberán examinar la necesidad o no de adoptar medidas cautelares con la finalidad de salvaguardar los intereses de las partes.

⁸ DOUE C 101/54, de 27 de abril de 2004.

⁹ Asunto 314/85 *Fotofrost*, 1987.

III. FINALIDAD DE LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL PRIVADA: LA NECESIDAD DE GARANTIZAR COHERENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

La introducción, tanto por la LDC como por el Reglamento 1/2003, de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan aplicar tanto los arts. 101 y 102 TFUE, como los arts. 1 y 2 LDC, de forma paralela a las autoridades administrativas de competencia plantea diversos problemas jurídicos que giran en torno a la necesidad de lograr una correcta y coherente aplicación de la legislación de competencia por parte de ambas instancias, con la finalidad esencial de que la seguridad jurídica de los operadores en los mercados se vea salvaguardada.

En la legislación anterior a las reformas operadas por el Derecho de la Competencia tendentes a introducir la denominada aplicación privada del Derecho de la Competencia, la posibilidad de que la seguridad jurídica se viera afectada no constituía un problema puesto que eran las autoridades administrativas las que ejercían el monopolio en la aplicación e interpretación de las normas de competencia. Así, el criticado art 13.2 de la LDC del año 89 establecía que cualquier acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la legislación de competencia sólo podría ejercitarse una vez que la declaración de infracción fuera firme en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional (obviamente en la jurisdicción contencioso-administrativa). La duda surgía entonces respecto a la posible aplicación directa por parte de los jueces de los antiguos arts. 81 y 82 del Tratado, ya que negar esta posibilidad podía ser contraria al efecto directo de dichos preceptos al imposibilitar a los particulares su invocación.

Esta realidad se vio agravada por la conocida sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *CAMPSA*¹⁰. Según esta jurisprudencia, los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil carecían de competencia para conocer de una demanda fundamentada, a título principal, en la violación de las normas del Derecho de la Competencia, ya que las autoridades administrativas –Comisión y el TDC- tenían la competencia exclusiva para conocer de dichas materias. En este sentido, el TS señaló que *«la posibilidad de resoluciones contradictorias en materia de competencia entre las dimanantes de los órganos, jurisdiccionales o no, a los que se atribuye el conocimiento de sus normas reguladoras con carácter principal y las dictadas por los órganos jurisdiccionales que las aplican con carácter incidental, afectando a la seguridad jurídica, viene recogida en la sentencia (...) BRT/SABAM siendo precisamente ese peligro el criterio que ha de seguir el órgano jurisdiccional ante el que se invoca la aplicación del Derecho de la Competencia para acordar o no la suspensión del proceso, una vez iniciado el procedimiento por la Comisión»*. Por lo tanto, el TS identificaba el principal obstáculo que surgía para la aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia, que residía en la posible conculcación del principio de seguridad jurídica que reside en el art. 9.3 de nuestra Constitución y que podría tener lugar en el caso de producirse

¹⁰ Sentencia de 30 de diciembre de 1993.

resoluciones contradictorias entre las autoridades administrativas y las judiciales del orden civil.¹¹

Esta doctrina jurisprudencial fue matizada ulteriormente como consecuencia del Reglamento 1/2003¹², que introducía la posibilidad expresa de que los órganos jurisdiccionales nacionales tenían competencia para aplicar directamente los arts. 101 y 102 del TFUE y, fundamentalmente, con la reforma del año 2007 de la LDC. No obstante, la preocupación por la posible vulneración de la seguridad jurídica seguía latente en el nuevo escenario de aplicación paralela por parte de autoridades administrativas y judiciales del Derecho de la competencia por lo que fue necesario introducir mecanismos de salvaguarda de la misma.

Esta es la finalidad que pretende el anteriormente citado art. 16 LDC al establecer los mecanismos de cooperación necesarios entre los órganos administrativos y los judiciales para la aplicación del Derecho de la Competencia. Esta cooperación es sin duda necesaria ya que este ámbito del Derecho se refleja con una especial intensidad la concurrencia de un doble interés en juego: por un lado, el interés público de protección del orden económico, tal y como se prevé en el art. 38 de la Constitución, del que será garante las autoridades administrativa de competencia que se creen –CNC y autoridades autonómicas-, y, de otro lado, el interés de naturaleza privada de protección de los derechos particulares de las empresas y consumidores, del que serán responsables los jueces de lo mercantil.

La realidad de que de unos mismos hechos se puedan derivar consecuencias distintas, como son la imposición de sanciones administrativas por la CNC y las autoridades de competencia autonómicas en protección de los intereses públicos y la condena al resarcimiento de daños y perjuicios en protección del interés privado por parte de los jueces de lo mercantil, exige una coherencia en la aplicación e interpretación del Derecho de la Competencia por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. De esta manera el art. 16 LDC nace con una clara doble finalidad: a) ayudar a los jueces españoles en la resolución de conflictos cuya acción se base en el Derecho de la Competencia que, en un importante número de ocasiones, presentarán cuestiones de indudable complejidad desde el punto de vista económicos; y b) lograr una aplicación coherente de las normas de competencia, tanto por las autoridades administrativas como por las judiciales, que garanticen el principio de seguridad jurídica.

Por ello la LDC muestra una especial sensibilidad en la necesidad de aplicación coherente de la misma, estableciendo en su art. 26, en el que se enumeran diversas funciones de la CNC, que dicho organismo *velará por la aplicación coherente de la normativa de competencia en el ámbito nacional, en particular mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las*

¹¹ En general, mantuvieron una posición crítica con esta doctrina, entre otros, H. BROKELMAN, «Conflictos y soluciones en la aplicación paralela administrativa y judicial», en *La modernización del Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid 2005, págs. 94 y ss.; A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *GJUE y de la Competencia*, núm. 200, abril-mayo 1999; págs. 56 y ss; o F. URÍA FERNÁNDEZ, «Problemas jurídico derivados de la concurrencia potencial de procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2004*, ICO-Marcial Pons, 2005, págs. 119 y ss.

¹² Sentencias del TS DISA, de 2 de junio de 2000, *Nissan*, de 30 de noviembre de 1999, y *Mercedes Benz*, de 2 de marzo de 2001.

Comunidades Autónomas y la cooperación con los órganos jurisdiccionales competentes en esta materia.

IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PRIVADOS: LA FIGURA DEL *AMICUS CURIAE*.

Como ha podido observarse, tanto la legislación comunitaria como la española de defensa de la competencia, prevén la posibilidad de que las autoridades administrativas encargadas de aplicar el Derecho de la Competencia desde una perspectiva de tutela de los intereses públicos, puedan intervenir en los procedimientos judiciales de aplicación privada de este cuerpo normativo con la finalidad de garantizar la aplicación coherente del mismo. No obstante, el posible otorgamiento de legitimación a las autoridades administrativas para poder intervenir como parte procesal en los procedimientos de aplicación judicial privada de las normas de competencia suscitó un vivo debate que culminó con la negación de la capacidad de ser parte a este tipo de autoridades tal y como recoge el art. 16 LDC que no les reconoce dicha legitimación, así como el art. 15 bis LEC cuando en su apartado primero deja establecido de forma clara que la intervención de las autoridades administrativas, tanto nacionales como comunitarias en los procedimientos judiciales se efectuarán sin que en ningún caso dichas autoridades tengan la condición de parte.

La fórmula empleada por la LDC así como por el Reglamento 1/2003 para posibilitar la intervención de las autoridades administrativas en los procedimientos judiciales de naturaleza privada es la del *amicus curiae*. Como ha estudiado la doctrina procesal la figura del *amicus curiae* tiene su origen en el Derecho anglosajón, fundamentalmente norteamericano, donde se contemplaba ya desde hace muchos años esta figura en las *Rules of Supreme Court of the US* (concretamente en la rule 37, Brief for an *amicus curiae*) y que tenía como finalidad la de ayudar a los Tribunales a una mejor resolución de los asuntos que tenían encomendados.¹³

Es precisamente en este sentido en el que debe entenderse el papel que pueden desarrollar la Comisión, CNC y autoridades autonómicas de competencia en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la Competencia lo que influirá de forma importante en el efecto que la actividad de éstas deba desplegar a la hora de que los jueces de lo mercantil deban dictar la resolución definitiva en el proceso judicial.

Los caracteres fundamentales que reviste esta figura presentan las siguientes notas esenciales, tal y como sistematiza I. COLOMER¹⁴:

- A) Tal y como se ha señalado el *amicus curiae* no es parte en el proceso judicial que se esté sustanciando ante los jueces de lo mercantil. Ello implica que no

¹³ Se ha definido el *amicus curiae* (amigo de la Corte o amigo del tribunal) como aquella expresión latina que es «utilizada para referirse a presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el Tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso», *vid.*, I. COLOMER HERNANDEZ, «La tutela judicial...», *op. cit.*, pág. 529; igualmente, *vid.*, D. CASTRO-VILLACAÑAS PEREZ, «Las autoridades de defensa de la competencia como *amicus curiae*. Una perspectiva internacional», en *Anuario de la Competencia 2007*, ICO-Marcial Pons, 2008, págs. 243 y ss.

¹⁴ *Ibidem*.

podrá actuar como *amicus curiae* una persona o entidad que ostente un derecho material en juego.

- B) Ostenta un interés en el resultado del proceso que excede al de las partes en el proceso. En concreto en el ámbito del Derecho de la Competencia el legislador perseguía con la introducción de esta figura la aplicación coherente del Derecho de la Competencia por parte de los distintos órganos encargados de su aplicación e interpretación. Este aspecto ha sido destacado en la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE que ha indicado al examinar el papel de la Comisión como *amicus curiae* que «en el cumplimiento de su deber de prestar ayuda a los órganos jurisdiccionales en la aplicación de las normas comunitarias de competencia conforme al artículo 19 CE, la ayuda de la Comisión debe ser neutral y objetiva. Efectivamente, la asistencia de la Comisión a los órganos jurisdiccionales nacionales es parte de su deber de defensa del interés público. Por consiguiente, no pretende servir a los intereses privados de los litigantes ante el órgano jurisdiccional nacional».
- C) No ostenta una posición de imparcialidad en relación con la decisión judicial, sino que persigue la obtención de un resultado determinado. De este modo, es evidente que las autoridades administrativas de competencia buscan con su intervención la adopción de una resolución por parte de los jueces coherente con la aplicación que ellos desarrollan del Derecho de la Competencia. Así prevé el art. 15 bis LEC cuando señala que las autoridades de competencia podrán intervenir presentando observaciones o aportando información «sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia». Por lo tanto, para lo que se habilita a las autoridades de competencia cuando puedan intervenir en el proceso judicial es para la defensa del interés público derivado de la aplicación del Derecho de la Competencia. En definitiva, la participación de las autoridades administrativas de defensa de la competencia ante los juzgados mercantiles viene legalmente autorizada en cuanto tenga por finalidad la aplicación coherente de la legislación de defensa de la competencia.

Finalmente, puede señalarse que la posible colaboración de las autoridades de competencia como especialistas de la materia, puede resultar de gran importancia, ya que se encuentran capacitadas para definir con una mayor exactitud el alcance y significado de determinados conceptos de naturaleza eminentemente económica que pueden ser extraños a los jueces mercantiles, como la delimitación de determinados mercados o para el cálculo de los posibles daños y perjuicios que deban resarcirse. Por ello, me merece un juicio positivo el art. 16 LDC pues puede servir de ayuda para una mejor aplicación de las normas de competencia por parte de los jueces de los mercantil, especialmente en asuntos en los que se sustancien variables económicas de gran complejidad en las que la labor de cooperación y asesoramiento de las autoridades de competencia pueden ser de la más alta utilidad.¹⁵

¹⁵ Sobre este punto, *vid.*, I. RODRÍGUEZ-SASTRE, «Artículo 16», en *Derecho español de la competencia*, Tomo I, Bosch, 2008, págs 455 y ss.; y D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, «La aplicación privada del Derecho

V. AMBITO SUBJETIVO DE LA COOPERACIÓN.

Con carácter general y, de acuerdo con la legislación de competencia, tres son las autoridades de naturaleza jurídico administrativa que pueden intervenir como *amicus curiae* en los procedimientos de aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia:

- 1) La Comisión Europea, en los procedimientos de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE;
- 2) La CNC, tanto en los procedimientos de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, como en los de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC;
- 3) Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia que se hayan creado por las Comunidades Autónomas, en los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, de acuerdo a los criterios de ejecución establecidos por la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estados y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia.

1. COOPERACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 TFUE.

En los procesos judiciales de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE la legislación de competencia ha habilitado para intervenir a la Comisión Europea y a la CNC, quedando excluida la intervención de las autoridades autonómicas de competencia.

Así se deduce del art. 16 LDC que no atribuye a dichas autoridades la capacidad para intervenir en los procedimientos judiciales en los que se sustancien cuestiones relativas a los arts. 101 y 102 TFUE, puesto que serán susceptibles de afectar al mercado comunitario.

Igualmente, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, establece en su art. 1 que es de competencia exclusiva del Estado *«el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1 y 2 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas»*. Resulta evidente que una acción que tenga como fundamento jurídico los arts. 101 o 102 del TFUE, excede, por su propia naturaleza, de un ámbito territorial meramente autonómico, por afectar al ámbito comunitario, por lo que queda vedado la intervención de las autoridades autonómicas de competencia.

A ello se suma el contenido del art. 1.5.d) de la Ley 1/2002 que dispone que corresponderá en todo caso al Estado *«la aplicación en España de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de su Derecho derivado»*, de

de la Competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», *Boletín económico de ICE*, núm. 2818, 2004, págs. 3 y ss.

lo que deriva la competencia exclusiva de la CNC en su calidad de órgano de ámbito estatal de aplicación de las normas de defensa de la competencia.

También es competente para comparecer como *amicus curiae* en los procesos judiciales nacionales de aplicación de los arts. 102 y 102 TFUE la Comisión Europea, si bien el art. 16 LDC guarda silencio al respecto. Ello resulta del todo lógico pues es la Comisión Europea la que en un principio y con carácter preferente tiene atribuida la competencia en virtud del Reglamento 1/2003 para aplicar dichos preceptos. De ahí, por tanto, podrá intervenir en este tipo de procedimientos formulando las observaciones que considere pertinentes sobre la aplicación coherente del Derecho Comunitario de la Competencia. Además, el art. 15 bis LEC es claro al establecer la posibilidad de que la Comisión Europea pueda intervenir al señalar en su apartado primero que *«la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de la Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículo 81 y 28 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate»*

Una cuestión problemática es la derivada de la posible concurrencia simultánea de la Comisión Europea y la CNC en un concreto proceso judicial de aplicación privada del Derecho de la Competencia. Esta posibilidad puede surgir en base a dos datos de índole práctica que deben ser tenidos en cuenta: por un lado, que la intervención de la autoridad administrativa de defensa de la competencia se configura en el art. 15 bis LEC como una facultad a ejercitar por dicha autoridad según su propia iniciativa o a instancia judicial, y, de otro, conviene apuntar que el actual sistema de distribución de competencias entre las distintas autoridades de competencia presenta zonas grises entre los ámbitos competenciales de las mismas. Ello conlleva que las posibilidades de concurrencia de autoridades sobre un mismo asunto puedan verse incrementadas, especialmente en los supuestos de intervención de la Comisión Europea y la CNC cuando aplican los arts. 101 y 102 TFUE.

No obstante, en el caso de concurrencia de la Comisión y la CNC a la hora de presentar observaciones, sería deseable que ambas autoridades se coordinaran adecuadamente empleando los criterios de reparto de asuntos relativos a procedimiento sancionadores que vienen establecidos en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.

2. COOPERACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 LDC.

Por lo que se refiere a los procesos judiciales de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC, esto es, en los supuestos en los que una conducta restrictiva no afecte al mercado común, sino tan sólo al mercado nacional o al autonómico, podrán intervenir la CNC y las autoridades autonómicas de competencia que se hayan creado.

Para delimitar qué autoridad de competencia puede intervenir habrá que acudir en principio a los criterios o puntos de conexión establecidos en la Ley 1/2002 que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias por parte de la CNC y las autoridades autonómicas. Estos puntos se basan en la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, conforme a la que la competencia objetiva que debe atribuirse a las Comunidades Autónomas se encuentra limitada a aquellas actuaciones que deban realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y no afecten al mercado supraautonómico o al conjunto del mercado nacional. El art. 1.2 de la Ley 1/2002 establece que *«en todo caso, se considera que altera o se puede alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, en los siguientes casos: a) Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional o pueda afectar a la unidad del mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma»; y «b) Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabas las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma».*

Por lo tanto, habrá que ver cuál de las dos autoridades de competencia –estatal o autonómica- tiene atribuida la competencia para poder dilucidar cuál de las dos puede acudir al proceso judicial como *amicus curiae*. Cuando se trata de procedimientos de aplicación de los arts 1 y 2 LDC no cabe, en mi opinión, la posibilidad de concurrencia de la CNC y la autoridad autonómica correspondiente en un mismo proceso judicial de aplicación privada del Derecho de la Competencia respecto de dicho preceptos, ya que la competencia la tendrá atribuida una autoridad u otra, pero no pueden tenerla atribuida las dos al mismo tiempo, de acuerdo con la Ley 1/2002.¹⁶

¹⁶ Mantiene la postura contraria, esto es, la posibilidad de intervención dual en un proceso judicial, I. RODRÍGUEZ-SASTRE al sostener que «podría defenderse una actuación en paralelo de la CNC y los órganos autonómicos de defensa de la competencia con base en los siguientes argumentos: a) en los procedimientos judiciales de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC no jugarían con la misma intensidad los puntos de conexión previstos en la Ley 1/2002, específicamente diseñados para el reparto de competencias en los procedimientos sancionadores por prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito administrativo; y b) la actuación de la CNC en los procedimientos judiciales sobre prácticas prohibidas por los artículos 1 y/o 2 de la LDC, con independencia de sus efectos exclusivos en una Comunidad Autónoma, podría venir justificada por el artículo 26.2 de la LDC de velar por la aplicación coherente de la normativa nacional de defensa de la competencia». Por estos motivos, concluye dicho autor que «en caso de intervención dual en este tipo de procedimientos, sin perjuicio de la libre interpretación y valoración reservada al órgano judicial, debería prevalecer la opinión de la CNC»; *vid.*, «Artículo 16», *op. cit.*, pág. 462.

Debo discrepar de dicha postura en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, los puntos de conexión juegan con la misma intensidad para todo tipo de procedimientos, puesto que es una norma de atribución de la competencia ejecutiva para dilucidar qué autoridad tiene que intervenir; en segundo lugar, no puede darse ningún supuesto de aplicación concurrente del Derecho de la Competencia por parte de dos autoridades nacionales de competencia debido al claro sistema de reparto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas que en materia de competencia operó la sentencia del tribunal

V. AMBITO OBJETIVO DE LA COOPERACIÓN.

El art. 16 LDC y el art. 15 bis LEC establecen que el objeto de la intervención de las autoridades administrativas en el proceso judicial civil se circunscribe a «*la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales*».

Por su lado, el Reglamento 1/2003 prevé en su art. 15 apartado primero que «*(...) los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias*», a continuación en su apartado tercero establece la posibilidad de que las autoridades de competencia de los Estados miembros y la Comisión «*con la venia del tribunal de que se trate, también podrán presentar observaciones verbales (y escritas) ante los órganos jurisdiccionales nacionales de su Estado miembro*».¹⁷

Dos son, por tanto, los aspectos fundamentales sobre lo que se cimenta el objeto de la intervención de las autoridades administrativas de competencia: por un lado, la aportación de información, y, por otro, la presentación de observaciones verbales o escritas.

Conviene dejar claro desde un primer momento que las facultades de intervención de este tipo de autoridades administrativas se concretan y circunscriben a una única finalidad que no es otra que la aplicación coherente del Derecho de la Competencia. Por tanto, no será admisible la aportación de información o presentación de observaciones escritas u orales que no se encuentren directamente vinculadas a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE o los arts 1 y 2 LDC. Ello implica que las autoridades de defensa de la competencia que intervengan en un proceso judicial de aplicación privada del Derecho de la Competencia no podrán alterar el objeto de dicho proceso establecido por las partes procesales, ni introducir hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos de las pretensiones de las partes, ni tampoco aportar elementos jurídicos sobre las cuestiones de fondo del proceso a favor de alguna de las partes.

Constitucional 208/1999, así como su reflejo normativo en la Ley 1/2002, por lo que tampoco podrá darse ningún supuesto de actuación en paralelo de la CNC y alguna autoridad autonómica, puesto que alguna de las dos estará incurriendo en un vicio de competencia y, por tanto, su actuación será nula de pleno derecho. Sobre estos aspectos, puede consultarse mi trabajo *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, 2006.

¹⁷ La Comisión Europea ha intervenido en algunos procedimientos judiciales nacionales en el contexto del apartado primero del art. 15 del Reglamento 1/2003, bien aportando información requerida por parte de los órganos judiciales nacionales, bien emitiendo un dictamen sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE en el asunto en cuestión. El documento *Comisión staff working paper* establece en su punto 6.1 que, a fecha de 31 de marzo de 2009, la Comisión Europea emitió opiniones jurídicas en dieciocho ocasiones solicitadas por los órganos judiciales: cinco corresponden a Bélgica, nueve a España, una a Lituania, una a los Países Bajos y dos a Suecia. Un interesante resumen sobre la aplicación del Reglamento 1/2003, puede encontrarse en S. GÓMEZ TRINIDAD, «Comentarios al Reglamento (CE) 1/2003 tras cinco años de aplicación», en *RDCyD*, núm. 8, La Ley, 2011, págs. 69 y ss.

Del mismo modo, debe precisarse que la cooperación de las autoridades de competencia puede ser activa o pasiva. La primera es aquellas en que por propia iniciativa, sin necesidad de ser requeridos por los jueces de lo mercantil, las autoridades administrativas pueden prestar en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia. Por otro lado, la cooperación pasiva es aquella que se presta a instancia del órgano judicial y que, con las limitaciones que expondremos a continuación, deben prestar las autoridades administrativas.

1. LA APORTACIÓN DE INFORMACIÓN.

La primera nota que hay que destacar respecto a la aportación de información es el diferente régimen jurídico establecido por la legislación comunitaria de competencia respecto a la española. Mientras que el Reglamento 1/2003, en su art. 15.3 sólo permite a las autoridades administrativas de competencia, ya sean nacionales ya comunitarias, la presentación de observaciones, la LDC y la LEC amplían el ámbito objetivo de la colaboración a la aportación de información. De este modo la legislación española deja a la decisión discrecional de las autoridades administrativas una posibilidad –la aportación de información- que, en cambio en el ámbito comunitario se supedita a la petición de los órganos jurisdiccionales.

El hecho de que la legislación de competencia española habilite a las autoridades de defensa de la competencia a aportar, a instancia suya, la información que estime necesaria, no implica que el órgano judicial tenga que aceptarla. Independientemente de la forma que adopte la cooperación con los órganos judiciales, las autoridades administrativas tienen el deber de respetar la independencia de éstos. Por consiguiente, la ayuda ofrecida a los jueces mercantiles en los procesos de aplicación privada del Derecho de la Competencia no puede menoscabar la independencia de éstos.

Del mismo modo, la información que aporten las autoridades de competencia debe atenerse a cuestiones jurídicas y económicas relativas al Derecho de la Competencia y que tengan además, la finalidad de lograr la aplicación coherente del mismo. Por tanto, las autoridades administrativas de competencia que, recuérdese, no son parte en el proceso judicial, deben guardar una cierta prudencia en lo referido al tipo de información que vayan a aportar para no desnaturalizar el proceso judicial¹⁸.

¹⁸ No debe olvidarse que en un procedimiento judicial de aplicación privada del Derecho de la Competencia, esto es un juicio civil, rige el principio de carga de la prueba, que pesa sobre el demandante en el caso de una acción basada en los arts. 101 y 102 TFUE, en virtud del art. 2 del Reglamento 1/2003, sin perjuicio de que corresponde a la empresa que invoque el amparo de una excepción frente a la comisión de una infracción probar de acuerdo a Derecho que se reúnen las condiciones necesarias para acogerse a dicha defensa; y sobre la parte demandante y demandada en el supuesto de una acción de los arts 1 y 2 LDC, en virtud del art. 217 LEC. El Reglamento 1/2003 no afecta a la legislación nacional en materia de valoración de prueba siempre que sea compatible con los principios generales del Derecho Comunitario. Por ello, como advierte I. RODRÍGUEZ-SASTRE, «las autoridades de competencia podrían quebrar el principio dispositivo y el de contradicción, en caso de que, por ejemplo, se pretendieran aportar documentos obrantes en el seno de un expediente administrativo de los que se dedujeran hechos presuntamente constitutivos de un ilícito civil contra la competencia, sin dar a la parte la previa oportunidad de argumentar sobre los documentos que se pretendan aportar, ni al juzgado o Tribunal, la posibilidad de pronunciarse acerca de su pertinencia o utilidad»; *vid.*, «Artículo 16», *op. cit.*, pág. 465.

Igualmente, las autoridades administrativas de competencia deben ser especialmente cuidadosas en la transmisión de información a los órganos judiciales cuando ésta pueda afectar a algún tipo de información que se vea amparada por la obligación de secreto profesional. La jurisprudencia comunitaria confirma que el deber de cooperación leal obliga a las autoridades de competencia a facilitar al órgano jurisdiccional cualquier información que éste le solicite, incluso la amparada por el secreto profesional, si bien al prestar esta ayuda no puede menoscabarse las garantías fijadas en el Tratado, concretamente respecto a la información confidencial¹⁹. Por lo tanto, antes de transmitir la información amparada por el secreto profesional a un órgano judicial, las autoridades de competencia deberán recordar al citado órgano que se encuentra obligado a observar los derechos que la legislación de competencia confiere a las personas físicas y jurídicas y le deberá preguntar si puede garantizar la protección de la información y de los secretos comerciales de carácter confidencial. Si el órgano judicial no puede garantizar la confidencialidad las autoridades de competencia no se encuentran sujetas al deber de colaboración, hasta que el órgano judicial no le haya dado la garantía de que protegerá la información y los secretos comerciales.

2. LA APORTACIÓN DE OBSERVACIONES ORALES O ESCRITAS.

Por lo que se refiere a la posibilidad de aportar observaciones oral o escritas en el proceso judicial de aplicación privada del Derecho de Competencia, estas deberán versar sobre comentarios, indicaciones o propuestas sobre la aplicación de las normas de competencia, que puedan ser aplicables al caso concreto que se esté sustanciando.

En general, como advierte la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades de competencia deberán limitar sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional. Es decir, un análisis económico de los mercados afectados, por ejemplo, desde la perspectiva de mercado relevante o afectación o no al mercado comunitario, y la interpretación que las autoridades de competencia pudieran hacer de los hechos discutidos con el fin de poder determinar si, en su opinión, se estaría ante una conducta restrictiva de la competencia y, en consecuencia, pudiera ser reprochable en el proceso judicial civil.

Respecto al grado de eficacia de las observaciones realizadas por las autoridades administrativas en el proceso judicial debe señalarse que éstas no vinculan o condicionan en modo alguno al juez de lo mercantil a la hora de decidir la controversia que se le hubiere planteado en relación con el examen de una conducta, práctica o acuerdo ya decidido en un procedimiento administrativo de defensa de la competencia.

VII. CONCLUSIONES

En líneas generales puede hacerse una primera valoración positiva de la introducción en la LDC y en el Reglamento 1/2003 de los mecanismos necesarios de colaboración entre las autoridades administrativas y las jurisdiccionales competentes para

¹⁹ Asunto C-234/89, *Delimitis*

la aplicación del Derecho de la Competencia, tanto comunitario como español. En este sentido, la Comisión Europea ha mostrado su opinión favorable en su Informe sobre el funcionamiento del Reglamento (CE) 1/2003²⁰, respecto a los cambios introducidos en dicha norma y, muy especialmente, en los relativos a la aplicación judicial privada del Derecho de la Competencia.

Resulta evidente que en un sistema de aplicación dual del Derecho de la Competencia por parte de autoridades administrativas de un lado, y, de otro, por parte de órganos jurisdiccionales, la necesidad de crear una serie de mecanismos de colaboración se antojan imprescindibles de cara a lograr una aplicación coherente del Derecho de la Competencia en Europa. A ello se añade que en una economía tan sumamente interdependiente entre los Estados miembros de la Unión Europea, resulta imprescindible dotar al mercado de los elementos necesarios de seguridad jurídica de cara a obtener un buen funcionamiento del mismo y para ello lograr unos criterios comunes y uniformes en la aplicación de las normas de competencia se revela como indispensable para los operadores del mercado.

No obstante, surgen diversas dificultades a la hora de articular los mecanismos de colaboración entre las autoridades administrativas y las judiciales. Cuestiones tan problemáticas sobre la delimitación del ámbito objetivo de la colaboración, especialmente, en temas tan problemáticos como el tratamiento de la información confidencial y el deber de secreto profesional de las autoridades de competencia, o, por ejemplo, la interconexión que puede darse entre los procedimientos administrativos de carácter sancionador no finalizados y la paralela tramitación de un procedimiento judicial privado en que se requiera la participación de las autoridades administrativas como *amicus curiae*, no se encuentran exentas de grandes dificultades de tipo material y procedimental que deberán ser desarrolladas en un futuro próximo si se quiere lograr la aplicación coherente del Derecho de la Competencia. De hecho ya hay interpuesta una cuestión prejudicial respecto del valor de la intervención de la Comisión Europea como *amicus curiae* en un procedimiento judicial nacional en el contexto del art. 15 del Reglamento 1/2003²¹. En definitiva, como ya he apuntado los pilares del sistema están puestos, habrá que esperar a ver como se desarrolla esta aplicación privada del Derecho de la Competencia en los próximos años y ver, igualmente, su coordinación con la aplicación pública de las normas de competencia.

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM (2009) 206 final, de 29 de abril de 2009.

²¹ Tomo la referencia del artículo de S. GÓMEZ TRINIDAD anteriormente citado.